

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ADMINISTRADOR EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980 Y SU IMPUTABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO

Dr. Osvaldo Oelckers Camus

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso, Universidad Adolfo Ibáñez

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO ADMINISTRADOR

El principio de la responsabilidad civil extracontractual de los entes públicos se encuentra reconocido expresamente en diversas disposiciones de nuestra Constitución Política.

En primer término, los arts. 6 y 7 de la Carta de 1980 ubicados en el Capítulo I denominado "Bases de la Institucionalidad", al consagrar el principio de la legalidad a que deben someterse los órganos del Estado, señalan como efecto de su infracción la nulidad, responsabilidad y sanciones que la ley señale. Por tanto, el respeto de la Constitución y las normas conforme a ella dictadas, constituye un primer límite a las actuaciones del poder público. Cabe agregar que este deber está concebido en términos estrictos, ya que "ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias" los órganos del Estado tienen otras potestades que no sean aquellas que expresamente les ha conferido la Constitución y las leyes.

Por su parte, el art. 5º inciso segundo, de la Constitución señala que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Además es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La citada norma reconoce la existencia de una esfera jurídica fundamental e inherente a los seres humanos y, por lo mismo, anterior a la organización estatal. De esta constatación básica surge el deber de los órganos públicos de respetar y promover estos derechos preexistentes, los que se encuentran señalados por la norma del art. 19 CPR y por los tratados internacionales ratificados por Chile.

Así, en el cumplimiento de las finalidades que les señala el ordenamiento jurídico, las autoridades públicas deben abstenerse de adoptar medidas o desarrollar actividades que puedan implicar un detrimento de ellas y en caso de infracción deberán articular los mecanismos adecuados para su restablecimiento.

En armonía con las disposiciones antes citadas, el art. 1º inciso cuarto de la CPR señala: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir

a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Como se observa, el constituyente privilegia los derechos esenciales de la persona humana por sobre las potestades públicas, materializando el principio servicial del Estado respecto del individuo y no al revés.

Finalmente, el art. 4º CPR señala que: "Chile es una república democrática". La democracia como forma de gobierno se basa en la idea de igualdad de todos los habitantes ante la ley y se opone a la existencia de privilegios o distinciones arbitrarias; es un gobierno en que las autoridades públicas deben ejercer sus cometidos con apego a la legalidad y en vistas del interés general.

El artículo 38 de la CPR trata de las Bases Generales de la Administración del Estado y señala en su inciso 2º: "*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*".

El constituyente de este inciso establece dos principios esenciales del Estado de Derecho. Por una parte reafirma la necesaria existencia de tribunales que van a conocer en términos independientes de las causas judiciales en que la Administración Pública sea parte. Y por otra establece el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado en el actuar administrativo de su organización, cuando en ella hubiese causado una lesión a los derechos de los administrados, sin perjuicio de la responsabilidad directa del funcionario que hubiere causado el daño.

Sin lugar a dudas, todas estas disposiciones tomadas en su conjunto plantean el problema general de responsabilidad jurídica de los entes administrativos y de los funcionarios públicos.

Desde la perspectiva señalada, podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración Pública por la lesión a los derechos de los administrados en razón de actos administrativos es a nuestro entender una hipótesis que al art. 38 inc. 2º de la Constitución Política considera plenamente efectiva, al señalar en

su texto solo el resultado de una actuación, "la lesión a los derechos", sin distinguir si ella proviene de actos, hechos u omisiones, con lo cual este artículo reconoce en términos esenciales la vigencia constitucional de este tipo de responsabilidad.

Así pues, la responsabilidad de la Administración Pública surge en razón de los daños que ella causa en las actividades desarrolladas y que recaen en los administrados, daños que no tienen por qué ser soportados por el patrimonio de estos. Pues bien, gran parte de estos daños son producto de actos administrativos que se interponen entre la Administración y el daño causado en el patrimonio del administrado. Naturalmente el objetivo final de quien soporta dicha carga será el demandar el restablecimiento de su posición patrimonial a través de la indemnización de daños y perjuicios pertinentes, situación que se constituye como ordinaria en las pretensiones procesales contra la Administración Pública.

Estos actos administrativos que originan la responsabilidad de la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, según de donde ella provenga, todos condensados en la denominada responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, pueden deberse tanto a actuaciones regulares o legales, como a actuaciones irregulares o ilegales. O sea, es posible que la responsabilidad surja por actuaciones lícitas, como por actuaciones ilícitas de la Administración Pública y ello se debe a que la Constitución en su art. 38 inc. 2° no ha considerado a los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y se apoya en su nuevo criterio, que "es el de la lesión". Por lo tanto, cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasiona lesión en el patrimonio de las personas y origine responsabilidad.

La lesión la entendemos como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización o el agente que lo ocasiona obre con toda licitud. La característica antijuricidad se traslada de la acción u omisión del órgano o de la conducta del agente, al patrimonio del administrado (sujeto-persona) que ha sido dañado.

El perjuicio que en dicho patrimonio se cause, será justo o injusto según la existencia o no de causales de justificación en la acción de la organización pública o conducta del agente que actúa y a quien se le imputa el causar un perjuicio, causas de justificación que deben ser expresas y concretas y que irroguen un título que legitime el perjuicio.

Por otra parte, el acto administrativo lícito tendrá como causal de imputación del daño a la Administración cuando este sea incidental respecto de la actuación administrativa, o sea, cuando esta se dirige a un objeto sustantivo, resultando indirectamente una lesión patrimonial a un administrado. En cambio, en el caso de los actos administrativos ilícitos, la causa de imputación del daño a la Administración es justamente esa ilicitud de relación directa entre el acto y la norma jurídica que regula esa actuación. En defi-

nitiva la licitud o ilicitud del acto dañoso son meras causas, formas o modos de imputación del daño a la Administración. La licitud o ilicitud del acto administrativo no determina por sí solo la responsabilidad y por lo tanto el derecho al resarcimiento, sino que ellas y especialmente la ilicitud, en donde se ve más claramente la situación, exigen inevitablemente una lesión a los derechos de la persona, o sea, el patrimonio de ella.

En razón de lo anterior, a nuestro entender la responsabilidad de la Administración Pública establecida en el art. 38 inc. 2° de la Constitución Política, deriva de toda lesión producida a los particulares, entendida como perjuicio antijurídico, que estos no tienen el deber de soportar por no existir causas de justificación del daño, sea que ellas provengan de hechos o actos administrativos lícitos o ilícitos.

Por otra parte, la acción consagrada por el art. 38 inciso segundo de la Constitución permite actuar en contra de cualquier órgano de la Administración, siempre que se haya producido una lesión en el patrimonio individual. De esta afirmación se desprende que el daño puede tener su origen en actos, omisiones o simples hechos materiales.

La acción de reparación establecida en el art. 38 inciso 2° CPR, establece un sistema directo de responsabilidad de la Administración. Así, frente a los daños causados a la esfera jurídica individual, será el patrimonio público en donde se hará efectiva la respectiva indemnización y no en el del agente autor de la lesión, contra quien la Administración podrá repetir.

En forma armónica con lo prescrito por la norma antes citada, el art. 4 LOCBGAE declara -ahora desde el punto de vista del Estado y no del particular afectado- la responsabilidad estatal "por los daños que causen los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". El principio de responsabilidad directa consagrado por el art. 4 del citado texto legal es plenamente aplicable a cualquier órgano de la Administración del Estado. En este artículo se consagra la plena responsabilidad del Estado-Administrador, ya sea si el daño que causa es consecuencia de un hecho o de un acto jurídico o que dicho daño sea causado en forma legal o ilegal. Se reconoce, a nivel de principio, la responsabilidad extracontractual directa del Estado, reafirmando que este será responsable por los daños causados por la Administración cuando ella actúe en el ejercicio de sus competencias, agregando que dicha responsabilidad es sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que ocasionó el daño. La responsabilidad del funcionario aparece así, a nuestro entender, como residual o secundaria respecto a la responsabilidad específica y principal que tiene el Estado de indemnizar por el daño que causa la acción de la Administración Pública. Naturalmente, no se desconoce la responsabilidad del funcionario, pero esta

queda en un plano diferente a la principal responsabilidad del Estado. El funcionario será responsable por falta personal, o sea imputándole negligencia (culpa) o dolo en su actuar funcionario, pero el Estado será responsable de lo obrado por el funcionario, que ha debido seleccionar y vigilar, frente a los afectados que reclamen la reparación íntegra del daño causado por esa actuación funcional.

En este artículo se funda también a nuestro entender la solidaridad del Fisco frente al daño que causen los organismos de la Administración del Estado, sea esta centralizada o descentralizada.

Por otra parte, el art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado se encuentra ubicado en el Título I, Normas Generales, que según el art. 1° del mismo texto se aplica a toda la Administración del Estado, constituida por ministerios, intendencias, gobernaciones, órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos Contraloría General de la República, Banco Central, las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por la ley. O sea, el art. 4° es de general aplicación para toda la Administración Pública.

El art. 44 de la misma ley entra, a nuestro entender, a complementar y a regular en términos específicos y parciales, la responsabilidad general consagrada en el art. 4°. Efectivamente, es específico, pues se consagra definitivamente para la Administración del Estado la responsabilidad por falta de servicio debida al daño que causen a terceros en sus actuaciones jurídicas o materiales los órganos de la Administración. Establece además el derecho a repetir en contra del funcionario que actuando como tal cometiere una falta personal y que ello a su vez hubiese originado un pago indemnizatorio al afectado por parte de la Administración. O sea, se reconoce como complemento del art. 4° la denominada "falta de servicio" y también la "falta personal". Pero dicho reconocimiento es parcial, debido a que el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado se encuentra ubicado en el Título II, Normas Especiales, en donde el art. 18 inc. 2° exime de la aplicación de ese título a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por sus respectivos estatutos. Por lo tanto, debemos entender que la norma del art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, referida a la falta de servicio y a la falta personal, se aplica solo a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Gobierno Regional, organismos públicos dependientes de estos, organismos semifiscales y estatales públicos descentralizados funcionalmente que carezcan de normativa específica. Puede ocurrir que existan algunas organizaciones en que se establecen principios especiales como es el caso de la responsa-

bilidad por riesgo, producto del daño causado en el uso, explotación e investigación autorizada de la energía nuclear, Ley N° 18.302 del año 1984, Ley de Seguridad Nuclear. Lo anterior es sin perjuicio de la aplicación del art. 4° de la misma ley que establece, como dijimos, el principio general de responsabilidad. Las Municipalidades, como señalamos en párrafos anteriores, cuentan con la misma norma, art. 137 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que reconoce la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad principalmente por falta de servicio y reconoce la posible existencia de falta personal. A la Contraloría General de la República, el Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a las empresas públicas se les aplican las normas de responsabilidad que establezcan sus propios estatutos orgánicos, o frente a la falta de normativa la aplicación plena de los artículos ya citados en la Constitución Política y el art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública, en donde aparece la responsabilidad pública con su propia identidad, de tal forma que en razón de dichas normas cualquier organismo de la Administración debería responder cuando en el ejercicio de sus funciones cause un daño. Al no establecerse en el art. 4° L.O.C.B.A.E. el tipo de responsabilidad de que se trata —que puede ir desde la que es producto de falta personal, o de falta de servicio, o responsabilidad por riesgo— y solo referirse al principio general de responsabilidad del Estado, nos vemos en la dificultad de establecer los fundamentos de imputabilidad para hacer efectiva esa responsabilidad. Entendemos que en ese caso debería ser la jurisprudencia que frente a cada situación en concreto decidiera sobre el asunto que se le presenta, aplicando los nuevos principios de derecho público referidos a la falta personal, a la falta de servicio, al cúmulo de responsabilidades, a la responsabilidad con falta o a la responsabilidad por riesgo, según cada caso y situación específica, principios que se encuentran basados en la negligencia funcionaria, mal tardío o no funcionamiento del servicio, igualdad ante las cargas públicas cuando se impone individualmente una carga art. 19 N° 20 Constitución Política), enriquecimiento indebido por parte de la Administración o en razón del riesgo social que se sucede con una intensidad desconocida y al que los administrados están expuestos y que se originen en razón de peligros que ocurren hoy más que antes, y que no puede el particular eludirlos. Son estas situaciones excepcionales de riesgo creadas por la Administración en su favor y en donde el particular puede sufrir un daño. La Administración aquí no puede evitar el daño, estando ella más cerca de la causa del daño que la víctima. Si la actividad de la Administración se realiza en beneficio de la colectividad, ¿no es justo que la víctima de esa colectividad sea indemnizada por la colectividad?

Será pues la jurisprudencia la que en futuro cercano deba pronunciarse sobre la situación.

2. *La determinación de la responsabilidad por la vía de la falta personal, falta de servicio y acumulación de faltas*

Con motivo de la actividad administrativa los particulares pueden sufrir daños que directa o indirectamente afecten su patrimonio. Por ejemplo, en el curso de ciertas operaciones de la fuerza aérea, un avión cae sobre una edificación privada y le causa graves deterioros; al ser alterado el nivel de una vía urbana, resultan perjudicadas varias casas de propiedad privada; o al realizarse las operaciones aduaneras desaparece un lote de mercancías importadas por un particular; o por causa de vacunación practicada por los servicios de salud, pierde un brazo una persona; un Ministro de Estado dicta una resolución ilegal, lesiva de los derechos de un administrado. En todos estos casos se plantea el problema de saber quién es el titular de la responsabilidad, esto es, a quién corresponde indemnizar las consecuencias del acto u omisión dañosa: al Estado o al funcionario que realizó el acto o incurrió en la comisión.

Hay varios intereses en conflicto, que es necesario tener en cuenta en el sistema de determinación de la responsabilidad: el interés del particular agraviado, el de la Hacienda Pública, o el del funcionario, o el interés del órgano público.

El interés del particular agraviado aconsejaría que en todo caso pudiera ejercer su acción contra el Estado, que con seguridad sería más solvente que el funcionario.

Igualmente el interés del funcionario impulsaría a que se reconociese al Estado como titular de la responsabilidad y que se le librase de la misma.

Si se considera el interés de la Hacienda Pública, la solución escogida sería la inversa: la responsabilidad personal del funcionario.

El interés del órgano público conduce a las siguientes consideraciones: no es juicioso librar de toda responsabilidad al funcionario, porque ello estimularía las faltas y negligencias en el personal de la Administración, ni es tampoco recomendable abrumar al funcionario con el peso de una responsabilidad excesiva, porque ello retardaría su acción y paralizaría sus iniciativas, en perjuicio del buen funcionamiento de los servicios públicos. Hay pues que buscar un equilibrio.

La jurisprudencia francesa y la doctrina establecieron una distinción que se ha generalizado entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario, la cual se basa sobre el antagonismo entre la falta del servicio y la falta personal. Ambas expresiones jurídicas han sido reconocidas en nuestra legislación en el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Pública y en el art. 137 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, como lo señaláramos anteriormente. Pues bien, ¿cuáles son los contenidos jurídicos esenciales de cada uno de ellos?. Si el acto dañoso ha provenido de un hecho del servicio, y ha constituido, por lo tanto, una

falta del servicio, corresponde al Estado cubrir el monto de la indemnización. En cambio, si el acto dañoso ha sido puramente personal del funcionario y, en consecuencia, constituye una falta personal, el funcionario deberá, con su propio patrimonio, cubrir el monto de los daños y perjuicios causados.

Con frecuencia se expresa la diferencia entre uno y otro tipo de faltas, llamándolas falta separable y no separable del ejercicio de las funciones. La falta personal es, por supuesto, la falta separable de la función.

No ha habido un completo acuerdo entre los autores en cuanto a las condiciones requeridas para que una falta sea considerada como separable de la función y, en consecuencia, personal del funcionario.

Claro está que toda falta cometida por el funcionario materialmente fuera del ejercicio de sus funciones, por ejemplo, en el ámbito de su vida privada, debe ser calificada como enteramente personal o personalísima y, por lo tanto, solo él responde por el daño causado conforme al derecho privado.

Las dificultades surgen en aquellas ocasiones en las cuales, estando el funcionario materialmente en el ejercicio de sus funciones realiza actos con intención extraña al servicio público, y que por ello pueden ser consideradas separables de la función. En tal hipótesis se ha hablado de falta intelectualmente separable. Al tratar de precisar estos conceptos surgen discrepancias.

La doctrina clásica al caracterizar la falta personal, o sea, la falta separable, la ha llamado doctrina de las pasiones personales: hay falta de servicio si el acto dañoso es impersonal, se revela un administrador más o menos sujeto a error, y no al hombre, con sus debilidades y sus imprudencias. Si, al contrario, la personalidad del agente se revela por sus faltas, con una violencia, o una imprudencia, entonces la falta es imputable al funcionario y no a la función.

Por otra parte, aunque la falta se cometa en el ejercicio material de la función pública, puede tener carácter personal si a su autor lo anima una intención de causar daño. Conviene advertir que no toda finalidad incorrecta perseguida por un funcionario basta para configurar una falta personal. Así, el acto administrativo puede estar viciado por desviación de poder, sin que resulte de ello una falta personal de su actor, como en los casos en que este se ha apartado de la finalidad legítima del acto, pero no con intención malévolamente contraria al servicio mismo, sino para favorecer, por ejemplo, financieramente al Estado. Para que la finalidad incorrecta pueda ser considerada falta personal, generadora de la responsabilidad personal del funcionario, es preciso que haya sido inspirada por la intención de causar daño, por negligencia grave, por el deseo de venganza o por pasiones o debilidades similares. Esta situación se acerca a la noción de culpa y dolo establecidas en nuestra legislación civil.

Como hemos visto, el sistema expuesto reposa sobre el antagonismo de las dos categorías de faltas: falta personal o falta del servicio. En un primer momento, la doctrina sostuvo que dichas faltas eran ex-

cluyentes la una de la otra; que no había lugar para la coexistencia o acumulación de ambas responsabilidades; o respondía el funcionario o respondía la Administración.

Más tarde se advirtió que la no coexistencia de ambas responsabilidades traía consecuencias contrarias a la equidad. En efecto, en caso de falta personal del funcionario, la víctima obtenía un crédito contra este, y en caso de falta del servicio, la víctima adquiría un crédito a cargo de la administración. Eso era injusto, porque la solidez del crédito de la víctima estaba en razón inversa a la gravedad de la falta cometida. El agraviado por una falta personal, que es por definición la de mayor gravedad, por su intencionalidad, tenía menores posibilidades de ser pagado que el damnificado por una falta no intencional cuyos efectos quedaban a cargo del patrimonio administrativo.

Hoy se admite, bajo ciertas condiciones, la acumulación de responsabilidades. Conforme al criterio se puede condenar a la Administración a reparar los daños y perjuicios causados por la falta personal del agente, siempre que la falta haya sido cometida en ejercicio de las funciones. No ocurre lo mismo si la falta ha sido cometida fuera del ejercicio de las funciones, porque en tal caso no queda comprometida la responsabilidad de la Administración.

La aceptación de la acumulación de responsabilidad tiene por finalidad dar al particular agraviado la ventaja de poder dirigirse contra la Administración, que es generalmente más solvente que el funcionario, pero no autoriza al afectado para percibir a un tiempo indemnizaciones de la Administración y del funcionario. Así, condenada la administración al pago de la indemnización, esta puede ejercer acciones contra el agente total o parcialmente responsable del daño; es el caso del art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y art. 137 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. También el agente puede ser parcialmente responsable cuando el daño ha sido causado a un tiempo por la falta del servicio y por la falta personal, caso en el cual el tribunal deba determinar la cuota de cada uno de los responsables, de acuerdo con la gravedad de las faltas respectivas, para los efectos que la Administración pueda hacer efectiva la cuota de responsabilidad personal de agente público en favor del patrimonio estatal.

3. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE FALTA DE SERVICIO (ART. 44 LEY N° 18.575 Y ART. 137 LEY N° 18.695)

3.1. La conceptualización

Las disposiciones legales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio hacen aparecer a este tipo de responsabilidad como una responsabilidad directa de la Administración y no como un sistema de cobertura de los daños causados por actuaciones funcionariales ilícitas que causan

daño. Hay aquí pues un avance importante en el tratamiento *ius publicista* del tema. Al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio, desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad ahora se objetiva y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley. Desde este punto de vista se objetiva la responsabilidad, lo que no significa que esta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público. Se podría decir que lo que hay que probar es la posición adoptada por la Administración Pública reflejada en su no actuación, en su mala o deficiente actuación o en su actuación tardía, mirando no solo la culpabilidad del servicio sino la antijuridicidad del daño causado al administrado.

La Administración bajo el contexto de la falta de servicio responde por el daño que terceros sufran como consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público, abarcando esta noción todo el hacer y actuar de la Administración, esto es, de toda gestión administrativa en general, sean actuaciones u omisiones jurídicas —acto administrativo ilegal, representado por un mal funcionamiento del organismo, pues el mandato constitucional, arts. 6° y 7°, imponen una actuación legal—, o actuaciones u omisiones materiales o de hecho, al margen de la voluntad del funcionario público o su previsión. Quedan, pues, comprendidos aquí todos los daños ilegítimos, consecuencia de una actividad o inactividad de la Administración.

La falta de servicio se configura ante una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración. Es decir, nos encontramos con una Administración responsable, quizás bien intencionada, pero en la cual recae la responsabilidad en razón de una posición que ella ha tomado en relación a su funcionamiento y que consecuentemente produce un daño al administrado, existiendo la relación causal.

Aquí el funcionario público no tiene injerencia ni participación, no se requiere que la falta se individualice en el agente sino que basta que la conducta de la organización sea imputable a un mal funcionamiento general de ella. Así, pues, la noción falta de servicio se configura en las siguientes hipótesis:

- a) cuando la organización pública ha funcionado mal, o sea, el daño es causado por una acción positiva;
- b) cuando no haya funcionado, o sea, el daño se ha cometido por omisión, cuando existe un deber funcional de actuar;
- c) cuando lo haya hecho tardíamente, o sea, cuando el daño es cometido por una falta de diligencia funcional.

En todos estos casos si la falta reviste cierta gravedad, es el origen directo del perjuicio y no media una causa que exonere a la Administración; ella queda obligada a la indemnización del daño injustamente causado a la víctima. La antijuridicidad del daño se

produce si no existen causas que justifiquen la actividad administrativa que cause el daño en el patrimonio del administrado. La antijuridicidad se traduce así en la inexistencia del deber de soportar el daño por parte de la víctima. No se debe olvidar que el daño para ser indemnizado, además de ser antijurídico, debe ser efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Como lo señalamos en este tipo de responsabilidad por falta de servicio, el funcionario público, causante del daño (o frente a la incógnita de quién lo causó) respecto de los terceros afectados, no tiene una real importancia, pues el sujeto imputable es la Administración. Sí adquiere importancia, conforme a lo establecido en el inciso 2° del art. 44 de la Ley N° 18.575 y el inciso 2° del art. 137 de la Ley 18.695, cuando la Administración (el Estado) indemniza al particular afectado en razón de falta de servicio y esa imputabilidad hubiere sido producto de un actuar negligente o doloso de un funcionario público en el ejercicio de su función (falta personal); en ese caso el Estado-Administración podrá repetir en contra del funcionario identificado como causante del daño. Sin duda, esa conducta debe ser probada en tales términos ante el juez ordinario.

La falta de servicio se entiende en razón de un funcionamiento defectuoso o anormal de la organización pública en que existe una falta a las obligaciones y cometidos del servicio impuestos por la ley. Naturalmente, si la ley le fija un conjunto obligacional a la organización pública ella debe actuar conforme a ese mandato y, por lo tanto, cualquier daño que cause a los administrados por no cumplir con sus obligaciones y cometidos originará falta de servicio. Así, pues, la falta de servicio puede consistir tanto en una actuación voluntaria o en una actuación involuntaria; en una decisión ejecutoria o en una acción material; consistir en una falta de organización del servicio o en un defecto en su funcionamiento; la falta de servicio puede también tener su origen en una ilegalidad.

Ya hemos dicho que la imputabilidad en este tipo de responsabilidad por falta de servicio recae en la Administración, pero naturalmente la cobertura no puede ser indefinida. Si la actividad dañosa se encuentra desconectada con el servicio u organización pública, la Administración no es responsable. El funcionario ha actuado en ese caso al margen de las funciones que el cargo le impone. La imputación a la Administración de la conducta lesiva de las personas que actúan como funcionarios públicos se detiene en los límites del servicio público, excluyendo la actividad privada de aquellos. Lo anterior supone que si la conducta del funcionario se manifiesta en el ejercicio del cargo, que este mantiene en la organización administrativa, de tal forma que el daño resultante se presenta como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo recae en la Administración, la que no se excluye, a nuestro entender, ni aun en presencia del dolo penal. En este último caso se originaría, a posteriori, la posibilidad de repetir en contra del funcionario, situación en la que sería mucho más fácil detectar la responsabilidad tanto del funcionario

como de la Administración. Por otra parte, para que el daño sea imputable a la Administración, no es necesario identificar al funcionario. Puede ocurrir que existan daños anónimos impersonales, no atribuibles a un funcionario, sino a la organización como tal. La responsabilidad de la Administración es aquí directa e inmediata. Pero la falta de servicio en sí no es anónima ni impersonal, puesto que el daño causado por la Administración es producto de conductas de funcionarios; lo que ocurre es que existen casos de imposibilidad de identificación de ese funcionario o de una imputación particular. Hay otros casos en que el funcionario que causa el daño es individualizable y su conducta es reprochable en razón de falta personal. Incluso en ese caso, el afectado o víctima deberá actuar procesalmente contra la Administración, sin perjuicio que ella, a posteriori, y previa declaración judicial de responsabilidad personal del funcionario, repita contra este último.

La falta de servicio, como hemos señalado, es imputable a la Administración en razón de su funcionamiento anormal, situación que se reconoce cuando el servicio u organización pública ha funcionado mal (acción positiva), cuando no ha funcionado (abstención pero existiendo el deber de actuar) o su actuación ha sido defectuosa o tardía (falta al deber de diligencia funcional). Dentro de este contexto es necesario tratar de objetivizar la anormalidad, entendiendo que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación en la especie le corresponde al juez. Pero en esa determinación es necesario remitirse a los supuestos de rendimiento medio del servicio u organización de que se trate, estamos aquí frente al grado de exigibilidad en las conductas que se le puede pedir a un servicio u organización pública moderna en un momento preciso y determinado. En esta estimación deben considerarse factores variables de cada época según la demanda social y el propio desarrollo efectivo de los servicios públicos. Hay, pues, aquí un campo enorme para jurisprudencia en orden al reconocimiento por esta vía de las demandas sociales de resguardo a la integridad patrimonial de los administrados, ejerciendo un control prudencial sobre el funcionamiento de la Administración al imponerle una carga de diligencia funcional bajo sanción de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, analizando el asunto desde la perspectiva de lo que debe ser el funcionamiento normal del servicio u organismo público, este a nuestro entender debe especificarse en razón de las leyes y reglamentos que lo rigen, según el objeto para el que fue creado y los medios que se han colocado a su disposición para el cumplimiento de sus fines. Así, pues, la falta de servicio es esencialmente flexible; en ese sentido, y al igual que toda falta administrativa, permite una graduación. En este contexto, para que se aplique la falta de servicio es necesario que la falta tenga una cierta importancia, de lo contrario pueden existir imperfecciones inherentes a toda actuación y que pueden ser consideradas como normales.

Un criterio que ayudaría a determinar la importancia de la falta sería el grado de dificultad que implica

la actividad administrativa realizada por la organización a la que se le imputa el daño. Es la propia naturaleza de la actividad, en cuanto que ella es o no dificultosa, lo que determinaría el derecho a reparación. Si existe una actividad muy dificultosa por parte de la Administración para realizarla, allí la responsabilidad surgiría solo si la falta ha sido grave, importante, manifiesta. En cambio, si no existen las condiciones de dificultad, la exigibilidad debe ser menos e imputarse la responsabilidad en razón de la mera falta, pero sin que ella pueda considerarse como normal. En definitiva, a mayor complejidad en la actividad administrativa, mayor exigibilidad a la falta del servicio (grave en la cúspide de la exigibilidad y simples faltas anormales en la base según actividad). Otro elemento que nos puede ayudar a la determinación de la falta como normal o anormal, dice relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que se desarrolla la actividad. De tiempo, pues hoy el grado de dificultad para realizar una actividad puede ser menor que hace un tiempo, y de lugar, por los medios que se pueden o no contar en un lugar determinado para prestar el servicio. Otro elemento es el grado de previsibilidad del daño. Si él era previsible, las faltas que se cometieron originaría más fácilmente la responsabilidad del servicio. Por el contrario, si el daño no era previsible, se admitirá con menor dificultad la falta de servicio.

3.2. Falta de servicio: ¿responsabilidad objetiva?

Alguna doctrina nacional y un número significativo de fallos de los Tribunales de Justicia han calificado a la falta de servicio como un sistema de responsabilidad objetiva. En algunos casos, dicha calificación solo ha tenido por finalidad separar o distinguir la falta de servicio con la responsabilidad subjetiva que contempla el Código Civil. Sin embargo, en otras ocasiones, a nuestros tribunales les ha bastado la prueba de la lesión y la relación de causalidad para condenar pecuniariamente a la Administración. Esta última situación nos parece especialmente grave, ya que hace recaer sobre los entes públicos el deber de reparar cualquier daño que causen con su actividad o inactividad, con la única excepción de los casos fortuitos o fuerza mayor. Esta solución, a nuestro entender, va en contra de lo prescrito por el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y art. 137 LOC. de Municipalidades¹.

Efectivamente, hay aquí un camino hacia la objetivación de la responsabilidad, pero debe siempre probarse en estos casos la "culpa" del servicio, o sea, la falta de servicio, tipificada por una abstención, una actuación tardía o errónea. No basta como en la responsabilidad objetiva la probanza de la omisión o de la actuación o del hecho; el daño; la relación causal

entre tal acción u omisión o hechos y el daño; además de la valorización de los perjuicios.

Creemos que la jurisprudencia en este sentido ha recorrido un camino erróneo y debería exigir en cada situación la prueba de la "culpa" del servicio.

4. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Según se ha expresado, condenada la Administración pública al pago de los daños y perjuicios por falta personal del funcionario, tiene aquella derecho a recurrir contra éste para que reintegre el monto de la indemnización. Este es uno de los casos en que se plantea la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración pública a cuyo servicio se encuentre o haya estado.

Ha de responder entonces civilmente el funcionario ante la Administración si por faltas personales de aquel ha causado directamente el daño al patrimonio público, o por sentencia que condena a la Administración al pago indemnizatorio por daño causado en razón de esa falta personal a un tercero. La responsabilidad se limita en estos casos a que los daños y perjuicios provengan del dolo del funcionario, de su negligencia, impericia o imprudencia inexcusables. Es preciso, pues, que el funcionario haya procedido de tal manera para que pueda ser obligado al pago de la reparación pecuniaria. La Administración no puede exigir a sus agentes responsabilidad pecuniaria por faltas que no revistan excepcional gravedad, porque ello conduciría a los agentes públicos a proceder con excesiva cautela, sin la presteza necesaria, y paralizaría en ellos el espíritu de iniciativa. Si las faltas cometidas presentan los expresados caracteres, puede ser exigida responsabilidad civil al funcionario, aun cuando del acto u omisión dañosos no hubiere derivado beneficio personal alguno.

Tanto el art. 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado como el art. 137 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establecen esta posibilidad de repetir en contra del funcionario cuando este hubiese incurrido en falta personal. Entendemos que ello es posible en el contexto antes explicado. Además, complementando lo anterior, el art. 121 del D.F.L. N° 253/1953 establece el principio de la responsabilidad del empleado ante el Fisco o institución empleadora frente a los perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones, ya sea intencionalmente, por negligencia o imprudencia. Si además el Estado se ve pecuniariamente afectado ante terceros, el empleado deberá enterar en arcas fiscales lo fijado como indemnización y pagado por la Administración a ese tercero afectado, situación que se complementa con los descuentos que autoriza la Ley N° 10.336, art. 67 inc. 2°, como veremos.

El Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834, art. 90, consagra el derecho a repetir que tiene la Administración en contra del agente público para hacer efectiva

¹ Ver: Tirado con I. Municipalidad de La Reina y otro. Excm. Corte Suprema 25/3/81.

- Coffin Silva, Maira y otros con I. Municipalidad de Santiago. I. Corte Apelaciones Santiago 24/11/88.

la responsabilidad civil, solicitando el embargo de la remuneración del empleado, cuando dicha responsabilidad emane de actos del funcionario, realizada en contravención a sus obligaciones funcionarias.

Así, se considera directamente responsable a la Administración, a quien se le imputan los resultados dañosos de las faltas cometidas por sus agentes, cuando estas no tengan el carácter de faltas personales que determinen la responsabilidad exclusiva de los mismos y que fueron cometidas fuera de la función pública y aquellos otros anónimos en la medida que no es identificable el funcionario autor. Toda negligencia, error u omisión, que aunque reprobable, está en los hábitos del servicio y es inseparable del mismo, se entiende constitutiva de falta de servicio y debe ser reparada por la Administración responsable de ese servicio. Si esa actuación o hábito, negligencia, error u omisión es imputable al funcionario en ejercicio de la función, se podrá repetir contra él siempre que hubiese existido en esa conducta funcional una intención positiva, una negligencia inexcusable o una impericia grave, producto de la cual se causa el daño al administrado, situación que naturalmente la Administración deberá investigar y probar en juicio.

A nuestro entender, no sería suficiente el mero sumario administrativo interno o de la Contraloría General de la República. Esta situación no es asimilable tampoco a un juicio de cuentas en donde se persigue la responsabilidad civil del funcionario público que maneja fondos o bienes del Estado y cuya cuenta es reparada, procedimiento específico regulado en la Ley N° 10.336 Orgánica de Contraloría General de la República. Puede ocurrir sí que en algunos casos, a través de este procedimiento, se llegue a la determinación de la responsabilidad civil del funcionario público que maneja fondos o bienes del Estado, y en ese caso deberá restituir lo reparado en su cuenta, pero no las indemnizaciones pagadas a terceros por el Estado. Al respecto, el inc. 2° del art. 67 de la Ley N° 10.336 establece que el Contralor podrá ordenar se descuenta en las condiciones que ahí se fijan, de las remuneraciones de los funcionarios, las sumas que el Fisco u otra institución estatal debe pagar a terceros en virtud de sentencia judicial cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas. Hay aquí una norma que se encuentra establecida para aplicarla una vez que la Administración ha probado la negligencia o conducta dolosa del funcionario en juicio, o como era antiguamente cuando la Administración era demandada solidariamente con el funcionario para los efectos del pago de la indemnización y en donde se discutía la negligencia o el dolo funcional, o sea, la falta personal. Efectivamente, hoy el administrado demanda a la Administración por falta de servicio en un juicio en que se debate la "culpabilidad" de esta por no actuar, por actuar mal o hacerlo tardíamente, o sea,

por funcionar anormalmente y no se discute la negligencia o dolo funcional. De ahí que necesariamente, pensamos, la Administración condenada al pago de una suma de dinero a título de indemnización en razón de falta de servicio, deberá, si el motivo que origina la demanda es imputable a negligencia o dolo de un funcionario público identificado, iniciar las acciones judiciales para que una vez probada dicha conducta pueda repetirse del patrimonio funcionario la restitución de lo pagado a título de indemnización por la Administración. En este caso podrá la Contraloría, luego de dictada la sentencia que declare la culpabilidad civil del funcionario, retener, para efectos de pago, hasta un 50% de su remuneración (art. 67, inc. 1°, Ley N° 10.336).

Si en la sentencia del juicio en que la Administración demanda al funcionario para los efectos de repetir en su contra, se concluye que existió buena fe o justa causa de error de parte del funcionario en razón de la complejidad de la función, la presión para ejercerlo o la naturaleza de la ciencia o arte que implica la función, el juez podrá naturalmente liberar de responsabilidad por falta personal al funcionario o determinar solo un grado de responsabilidad, con lo cual se concluye que el hecho que originó el daño al tercero no era imputable a dicho funcionario público o existió una justa causal de excusabilidad de parte de él o solo es parcialmente imputable, produciéndose el cúmulo de responsabilidades. Para concluir, diremos que en la falta de servicio la culpabilidad del funcionario no tiene importancia frente a la imputación del hecho dañoso al ente público, ente que debe responder si existe un funcionamiento anormal en relación al estándar medio de perfección requerido en el funcionamiento del servicio o ejercicio de una actividad. Por supuesto, si hay comportamiento culposo o doloso del funcionario, se identifica más fácilmente el funcionamiento anormal del servicio. Naturalmente, la anormalidad de la acción administrativa de la que se deriva un daño antijurídico se comprobará más fácilmente si se identifica primero el comportamiento culposo o doloso del funcionario causante material del daño. Sin embargo, tal comportamiento culpable no es en absoluto necesario para determinar la objetiva ilegitimidad de la actividad administrativa, cuya existencia y valoración concretas se realizan efectivamente en el "hecho lesivo", con independencia del comportamiento personal del funcionario. La culpabilidad subjetiva de este último no solo no presenta ya relieve jurídico alguno para que tenga lugar el fenómeno de imputación del hecho dañoso al ente público, sino que ha sido eliminada de las hipótesis legales que condicionan la responsabilidad civil de la Administración, lo que equivale a constituir una ampliación de garantía patrimonial de los administrados frente al proceso de intervención de los poderes públicos.